Journal of Fiqh and Usul
Vol. 51, No. 4, Issue 119
Winter 2020
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.70028

فقه و اصول
سال پنجاه و یکم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۹
زمستان ۱۳۹۸، ص ۴۹-۳۱

مسئولیت پیش‌قراردادی آخذ به سَوْم، مبنا و آثار مترتب بر آن*

دکتر ابراهیم جوانمرد فرخانی
استادیار گروه الهیات دانشگاه گنبد کاووس
Email: javanmardebrahim@yahoo.com

چکیده

مالی که برای فروش عرضه می‌شود و خریدار آن را تصرف می‌کند در اصطلاح «مأخوذ به سَوْم» و گیرنده مال را «آخذ به سَوْم» و عمل را «اخذ به سَوْم» می‌نامند. تسلیم کالا توسط فروشنده به مشتری می‌تواند ایجاب یا وعده بیع به شمار آید. نویسنده در این مقاله به دنبال پاسخگویی به این سؤال است که مسئولیت گیرنده مال نسبت به خسارت وارده بر آن تا زمانی که در اختیار او قرار دارد، چیست؟ گروهی بر این نظرند که ید گیرنده مال، امانی است و عده‌ای نیز وی را ضامن یافته‌اند. برخی مسئولیت مزبور را قراردادی دانسته و برخی دیگر قائل به قهری بودن ضمان ید مذکور شده‌اند. نظریات یاد شده در این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه به دست آمده که ید آخذ به سَوْم بر مالی که جهت آزمایش در اختیار دارد، امانی است و حکم به ضمان برای فردی که به اذن مالک و به منظور سنجیدن و اختبار، مال را در اختیار گرفته و همانند دانستن او با گیرنده بدون اذن، خلاف منطق حقوقی و توجیه ناپذیر است.

کلیدواژه‌ها: سَوْم، آخذ به سَوْم، مسئولیت قراردادی، ضمان قهری

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٦/۱۰/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

Pre-contractual Liability of the Person who Takes Possession of Another's Property Offered for Sale, its Basis and Implications

Ibrahim Javanmard Farrokhani, Ph.D. Assistant Professor, Department of Theology, Gonbad Kavoos University

Abstract

The property which is offered for sale and possessed by buyer is terminologically called makhuz belsaum, the possessor is called akhez belsaum and the act is called akh belsaum. Delivery of property by the seller to the buyer may be considered either offer or promise to sell. The author in this paper seeks to answer the following question: what is the liability of the possessor of property with regard to property damage while in his possession? A group of jurists believe that he acts in a fiduciary capacity while the others consider him liable. Some jurists maintain that his liability is contractual while the others consider his liability as tort liability. The above said opinions have been studied through analytical-descriptive method and it has been concluded that the possessor is considered to be in a fiduciary capacity with regard to the property in his possession for testing and it is against legal logic and unjustifiable to consider liable a person who, by the owner's authorization possesses a property to test and verify and consider him as unauthorized possessor.

Keywords: Saum, Akhz belsaum, contractual liability, non-contractual liability

مقدمه

غالباً مشتری برای خرید یک کالا، ابتدا آن را از فروشنده می‌خواهد تا در اختیار بگیرد و چنانچه از هـر حیث نظر او را جلب کند به خرید آن اقدام نماید. در فقه امامیه از مالی که شـخص اخـذ می‌نمایـد تـا بـه خصوصیات آن پی ببرد، تعبیر به «مأخوذ بالسوم» یا «مقبـوض للشـراء» می‌شـود (صـاحب جـواهر ، ۳۷/ ۷۳). این بحث در کتب حقوقی تحت عنوان وعده بیـع و مسـئولیت پیش‌قـراردادی شـناخته شـده و مـورد بررسی قرار گرفته است (کاتوزیان، عقود معین، ۱/ ۳۲۶). به همین منظور بـرای بررسـی ایـن امـر و تبیـین مسئولیت فروشنده و خریدار باید دید چه توصیف‌هایی از عرضه کالا و برداشتن آن می‌توان داشت. چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن آن از جانب مشتری را ایجاب ملزم[1] بـدانیم، دیگـر گوینـده ایجـاب نمی‌تواند از آن رجوع کند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۳۰۹). اما اگر عرضه کـالا و برداشـتن آن را دعوت به معامله و وعده بیع بدانیم، در این صورت اراده وعـده دهنـده بـرای او ایجـاد تعهـد نمی‌کنـد و می‌تواند از آن رجوع کند (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۴۴؛ صفایی،۲/ ۶۹). هر چند برای ایـن اختلاف‌نظر دلایل گوناگونی می‌تواند وجود داشته باشد، اما یکـی از اساسـی‌ترین عوامـل مـؤثر در آن نـوع نگرش به ماهیت حقوقی اخذ بالسوم است که باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. نکته بعدی اختلاف‌نظـر فقهـا و حقوقـدانان دربـاره مسـئولیت گیرنـده مـال در معـرض فـروش در ایـن فاصـله زمـانی یعنـی دوره پیش‌قراردادی و توافق‌های مقدماتی است. محل نزاع در جایی است که کالا با اذن فروشنده جهت بررسـی بیشتر در اختیار خریدار قرار می‌گیرد و آن مال بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیـوب می‌شـود. در این مورد برخی از فقها با استناد به وجود اذن از طرف فروشنده و اصل برائت ذمه، ضمان گیرنده مـال را قبول نکرده و او را امین تلقی نموده‌انـد (اردبیلـی، ۱۰/ ۴۹۸؛ فخـرالمحققین،۲/ ۱۶۶) و عـده‌ای نیـز طبـق قاعده ضمان ید، گیرنده مال را در هر حال ضامن تلقی نموده و وی را مانند غاصب مسئول هر تلف و نقص فرض کرده‌اند (سبزواری،۲۱/ ۳۰۹؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۱۷۷). در بین حقوقدانان نیـز دیـدگاه‌های مختلفی در خصوص منشأ ضمان آخذ بالسوم بیان شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند کـه مسـئولیت مذکور مسئولیت قهری و ناشی از قانون است (امامی، ۲/ ۱۷۰) و برخی دیگر مبنای تعهد و التزام خریـدار را قراردادی و از نوع تعهد به نتیجه می‌دانند (موسوی بجنوردی،۲/ ۱۱؛ کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). در قانون مدنی ایران نیز راه حلی برای ضمان مأخوذ بالسوم پیش‌بینـی نشـده اسـت و بایـد از طریـق قواعد کلی آن را استنباط نمود.

---

۱. ایجاب ملزم یا غیر قابل عدول، ایجابی است که گوینده آن به صراحت یا به دلایل قرائن مدتی برای ابراز قبول طرف مقابل معین می‌کند.

با توجه به مراتب مذکور، سؤال اساسی این تحقیق آن است که ماهیت و آثار حقوقی سوم چیست؟ اگر مال در دست گیرنده بدون تعدی و تفریط تلف یا ناقص یا معیوب شود ضـمان متوجـه چـه کسـی اسـت؛ خریدار یا فروشنده؟ آیا ادله عدم ضمان امـین شـامل آخـذ بالسـوم می‌شـود؟ بـا فـرض احتمـال ضـمان، مسئولیت گیرنده مال قراردادی است یا قهری؟ کسانی که قائل به مسئولیت قراردادی یا قهری هستند چگونه آن را توجیه می‌نمایند؟

به منظور پاسخگویی به سؤالات فوق، ضمن تبیین لغوی و اصطلاحی واژه سوم به بررسـی توصـیفات ارائه شده در رابطه با عرضه یا برداشتن کالا می‌پردازیم و در این مرحله توصـیفی را کـه بـه عنـوان توصـیف مناسب است می‌پذیریم و در نهایت دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان را در زمینـه مسـئولیت آخـذ بالسـوم تحلیل و واکاوی می‌نمائیم.

تاریخچه بحث

در این زمینه در کتب فقهی و حقوقی به صورت مستقل و منسجم بحثی مطرح نگردیده است و فقهـا و حقوقدانان به صورت استطرادی و در ضمن مباحث دیگر مطالبی در این خصوص بیان نموده‌اند. تا جـایی که نگارنده بررسی کرده، در رابطه با توصیف اخذ به سوم به وعده بیع یـا ایجـاب پـژوهش مسـتقلی یافـت نشد؛ اما آثاری با رویکردهای دیگر به رشته تحریر درآمده است. از جمله:

۱. قاسم زاده و خسروی (۱۳۸۵) در پژوهشی همسو با عنوان «مسئولیت مدنی آخـذ بالسـوم در فقـه و قانون مدنی» در سه فصل اختلاف‌نظرهای فقها و حقوقدانان را در زمینـه مسـئولیت آخـذ بالسـوم بررسـی نموده‌اند. به نظر نویسندگان مقاله حاضر، چون دلیلی بر خارج کردن ید آخذ بالسـوم از شـمول مـاده ۳۰۱ ق.م وجود ندارد، لذا او مسئولیت عینی در جبران خسارت دارد.

۲. نیازی و بادینی (۱۳۹۲) در مقاله خود با عنوان «بررسی مسئولیت آخذ بالسوم با نگـاهی تطبیقـی» آثاری که اذن مالک می‌تواند بر ضمان مال مأخوذ بالسوم داشته باشد، مورد بررسی قرار داده و دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوقدانان ایران را بیان نموده‌اند. به نظر آنان، هرچند ید آخذ بالسوم امانی است اما برای ایجاد اعتماد در بازار می‌توان مبنای ضمان را اراده مشـترک طـرفین کـه همـان مسـئولیت قـراردادی اسـت، دانست.

ما نیز در این مقاله تلاش نموده‌ایم تا با مراجعه به منابع معتبر گام‌هـای مـؤثر و جـامع‌تری را در تبیـین نتایج منطقی برداریم. پژوهش حاضر به دلیل ارائه رویکردهای جدید بر مبنای حقوق موضوعه و رفع ابهـام از ماهیت حقوقی سوم از جنبه‌های جدیدی برخوردار بوده و دارای نوآوری است.

سوم در لغت و اصطلاح

پیش از ورود به اصل بحث لازم است مفهوم «سوم» را از نگاه معناشناختی مورد ارزیابی قرار داده و بـا تعریف لغوی و اصطلاحی این واژه، موضوع بحث را منقّح سازیم.

«سوم» بر وزن یوم ریشه ثلاثی آن س، و، م است. سوم در لغت به معنای طلب خرید و شراء است و به مذاکرت طرفین قبل از انعقاد قرارداد و چک و چانه زدن نیز سوم و مساومه می‌گویند (ابـن اثیـر، ۲/ ۴۲۶). در جای دیگر، برخی از لغویان گفته‌اند: سام الماشیه فی المرعی: چهارپایان را برای چرا رهـا کـرد. سـاوم: سازش کرد، معامله کرد. سام: سَوما و سواما [سوم] السلعه: کالا را عرضه و بهـای آن را ذکـر کـرد. (سـام) المشتری السلعه: خریدار خواست تا کـالا را بخـرد و بهـای آن را بدانـد (مصـطفوی، ۵/ ۲۷۵، فیـومی، ۲/ ۲۹۷). پس واژه سوم برای چند معنای حقیقی به طور مجزا وضع شده و مشترک لفظی بین آن معانی است. از این رو تعیین معنایی که مقصود گوینده است نیازمند قرینه معینه است.

«سوم» در اصطلاح فقها در سه معنا به کار رفته است؛ اول به معنای عرضه کالا برای فروش: «عـرض السلعه علی البیع» و درخواست قیمت برای خرید: «اصل السوم طلب سعر المتاع» (شهید ثـانی، حاشـیه المختصر النافع، ۹۳). دوم به معنای تجارت: «نهی النبی (ص) أَن یسوم الرجل علی سوم أَخیه» و سوم بـه معنای چریـدن حیـوان: «فیـه تسـیمون، أی ترعـون؛ الغـنم السـائمه و هـی الراعیـه» (شـهید اول، ۲/ ۳۶؛ خوانساری، ۲/ ۲۴). از این بیان دانسته شد که این واژه با معانی مورد نظر لغویان اختلاف چندانی نـدارد و قانون‌گذار اسلام برای این واژه معنای جداگانه‌ای در نظر نگرفته اسـت. پـس ایـن واژه، حقیقـت شـرعیه و متشرعیه ندارد و معنای آن همان معنای لغوی است.

گفتنی است دیدگاه حقوق‌دانان نیز در این‌باره بسیار به هم نزدیک است و همگـی اتفـاق‌نظر دارنـد کـه سوم به معنای عرضه کالا از طرف فروشنده و تقاضای فروش از طـرف مشـتری اسـت و در مانحن‌فیـه نیـز همین معنی کاربرد دارد (محقق داماد، ۱۰۴؛ کاتوزیان، عقود معین، ۱/ ۷۳).

ماهیت حقوقی سوم و آثار آن

عرضه کالا و برداشتن آن حداقل به دو حالت می‌تواند تبیین شود. یک تبیین اینکـه، پیشـنهاد و عرضـه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری، ایجاب معرفی گردد. تبیین دیگر اینکه، عرضه کالا و درخواست فروش تنها یک دعوت به معامله ساده و وعده بیع به شمار آید؛ زیرا ایجـاب تعریـف و شـرایطی دارد که بر این فعل قابل تعمیم نیست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۳۷۷). به این ترتیب، بسته به

اینکه چه توصیفی را بپذیریم الزامات و آثار قابل بحثی را موجب می‌شود کـه هـر یـک از دیگـری متفـاوت است.

۱. نظریه ایجاب بودن سوم

غالباً ایجاب از سوی بایع صورت می‌پذیرد ولکن این مسئله الزامی نیست و گاه ممکن اسـت از ناحیـه مشتری مطرح گردد. بنابراین همان‌طور که فروشنده می‌تواند با عرضه کالا صادرکننده ایجاب به شمار آیـد، مشتری نیز می‌تواند با انتخاب و برداشتن کالا موجب تلقی گردد. با ایـن اوصـاف، چنانچـه موافـق نظـری باشیم که عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری را ایجاب می‌دانـد، نتیجـه ای کـه از این توصیف گرفته می‌شود این است که موجب می‌تواند تا زمانی که طرف مقابل قبول خود را اعلام نکـرده از انعقاد قرارداد خودداری کند. لکن چنانچه گوینده ایجاب برای اعلام قبول توسط قابل به صـراحت یـا بـا قرائن مهلتی معین نماید، ایجاب الزامی است و تا قبل از اتمام این مهلت، او ملزم به ایجاب خـود اسـت و در صورت رجوع از ایجاب و ورود خسارت مسئول قلمداد خواهد شد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۳۰۰؛ صفایی، ۲/ ۶۹).

لازم به ذکر است هر چند بر اساس نظر مشهور فقها ایجاب برای گوینده آن هیچ‌گونه تعهـد و التزامـی ایجاد نمی‌کند و تا قبل از قبول، او می‌تواند از این ایجاب عدول نماید (انصاری، ۳/ ۱۷۸؛ نائینی، ۱/ ۲۵۴)، اما برخی دیگر از فقها قائل به پذیرش تعهد ناشـی از ایجـاب می‌باشـند (ر.ک: خمینـی، کتـاب البیـع، ۲/ ۲۸۳؛ طباطبایی یزدی، ۹۲). با قبول این دیدگاه، ایجاب منبع تعهد پذیرفته شده و موجب نمی‌تواند پـس از انشاء از آن رجوع نماید.

به هر تقدیر، نظریه ایجاب بودن سوم قابل قبول به نظر نمی‌رسد و عرضه داشتن کالا اساسـاً نمی‌توانـد ایجاب باشد زیرا نبایـد هـر پیشـنهادی بـرای انجـام معاملـه را ایجـاب بـه شـمار آورد. بـرای آنکـه چنـین پیشنهادهایی، از نظر حقوقی ایجاب نامیده شوند، نیازمند شرایط و ویژگی‌های خاصی هسـتند کـه از میـان آن‌ها دلالت بر قصد التزام اهمیت ویژه‌ای دارد. از آنجا که نمی‌توان از این پیشـنهاد، اراده قطعـی بـر بیـع را برداشت نمود لذا چنین پیشنهادی علی القاعده ایجاب نبوده و آثار حقوقی ایجاب را ندارد. در واقع، صرف عرضه کالا به معنای علاقه و پیشنهاد فروشنده به فروش آن است ولی منتهی به ایجاب برای فروش نمی‌شود و صرفاً دعوت به ایجاب به شمار می‌آید.

۲. نظریه وعده بودن سوم

عرضه یا برداشتن کالا می‌تواند وعده یک طرفه از سوی فروشنده یا خریدار برای انتقال کالا و یا وعـده دو طرفه از هر دوی آن‌ها تلقّی شود. با این اوصاف، چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کـالا از

جانب مشتری را دعوت به معامله و وعده بیع توصیف نماییم، دیگر وعده دهنده تعهدی به انجام مفاد دعوت ندارد و می‌تواند از آن رجوع کند چرا که او در این گونه موارد قصد قطعی بر انجام معامله نداشته و در مرحله پیشنهاد است. عرضه کالا از زبان فروشنده یعنی من کالاهای عرضه شده را به قیمت تعیین شده در اختیار دارم و اگر تو تمایل به خرید آن‌ها داری، من تمام تلاشم را خواهم نمود تا آن‌ها را به تو تحویل دهم. برداشتن کالا از زبان خریدار نیز یعنی من رغبت و تمایل به خرید این کالا دارم و پس از اختبار و آزمایش تصمیم نهایی خود بر خرید آن را اعلام می‌کنم. همچنین مالکیت فروشنده به قوّت خود باقی است و در اثر وعده بیع کالای مورد نظر به مشتری منتقل نشده است (باقری،۴۳). از این رو، فروشنده می‌تواند هر تصرفی در آن انجام دهد؛ در عین حال که همه منافع و نمائات آن نیز متعلق به فروشنده است. از این منظر، صرف امتناع از انعقاد قرارداد بعد از مذاکره و توافق‌های مقدماتی موجب مسئولیت امتناع کننده نخواهد شد مگر در فرض ورود زیان به طرف مقابل و احراز ارکان مسئولیت مدنی.

به هر ترتیب، با توجه به آنچه در خصوص ماهیت حقوقی سوم بیان شد، به نظر می‌رسد نظریه وعده دو طرفه از نظر منطق حقوقی و شیوه استدلال قوی‌تر است زیرا فروشنده و مشتری با عرضه کالا و گرفتن آن قصد انشای فعلی عقد را ندارند بلکه می‌خواهند نسبت به انعقاد عقد در آینده ملتزم شوند. در این صورت، همان‌طور که خریدار می‌تواند به وعده خود پای‌بند نبوده تغییر عقیده داده و از خرید کالا امتناع ورزد، فروشنده نیز می‌تواند از فروش کالایی که عرضه کرده به خریدار خودداری نماید.

مسئولیت آخذ بالسوم

درباره مسئولیت آخذ بالسوم نسبت به کالایی که در اختیار دارد، امکان جریان دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که باید مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد:

۱. نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم

مشهور فقهای امامیه به استناد قاعده علی الید معتقدند که ید آخذ بالسوم ضمانی است. طبق این قاعده، هر کس مالی از دیگری بگیرد ملزم است آن را به صاحبش برگرداند و تا زمانی که مال را رد نکرده است، مسئولیت خواهد داشت (صاحب جواهر، ۳۷/ ۷۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴/ ۲۸؛ محقق حلی، ۲/ ۷۴۶؛ خمینی، تحریرالوسیله، ۲/ ۱۷۷). صاحبان این نظریه بر این باورند که فروشنده اذن در تصرف و قبض داده است نه اذن در تلف و باید بین مساله اباحه تصرف که ناشی از اذن است و مساله رفع ضمان تفکیک قائل شد زیرا مطلق اذن در تصرف مسقط ضمان نیست؛ چنانکه در عاریه مضمونه این گونه است (قمی،۵۴۱؛ مراغی، ۲/ ۵۱۳). به دیگر سخن، چه در اذن قانونی و چه در اذن مالکی اثر اذن تنها

اباحه است و اباحه نفی ضمان نمی‌کند (صاحب جواهر، ۳۸/ ۳۷۲). پس رابطه اذن با امانت رابطه عموم و خصوص مطلق است به این نحو که هر امینی مأذون است ولی هر مأذونی امین نیست (محقق داماد، ۱۰۵). نتیجه آنکه، ادله عدم ضمان امین شامل آخذ بالسوم نمی‌شود و حکم به ضمان از این ادله تخصصاً خارج است و قاعده علی الید به قوّت خود باقی می‌ماند (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). علاوه بر آنکه، اصل بر ضمانی بودن ید است و اگر گیرنده مال را ملزم به جبران خسارت ندانیم، موجب می‌شود که افراد در اموال یکدیگر تصرف نمایند و موجبات ضرر به دیگران را فراهم سازند (عاملی، ۶/ ۲۱۶). به هر ترتیب، نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم نظریه مشهور در بین فقهای امامیه است و شهرت به عنوان یک اماره می‌تواند در این خصوص راه‌گشا باشد.[۱]

۲. نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم

در مقابل نظر مشهور فقها، عده‌ای بر این عقیده‌اند که به دلیل وجود اذن مالک، آخذ بالسوم امین به شمار می‌آید و لذا فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن است و در غیر این صورت ملزم به جبران خسارت وارده بر کالای تحت اختیار خویش نیست (ابن ادریس حلّی، ۲/ ۸۶؛ علامه حلّی، ۵/ ۳۲۱؛ بحرانی، ۱۸/ ۴۶۶؛ فخرالمحققین، ۲/ ۱۶۷). برخی دیگر از فقها نیز در این مورد اشکال و تردید نموده‌اند (عاملی، ۶/ ۲۱۶؛ سیستانی، ۲/ ۲۵۸). محقق اردبیلی در این زمینه می‌فرماید: «دلیل ضمان در اخذ بالسوم روشن نیست مگر حدیث مشهور علی الید، که صحت و دلالت آن واضح نیست و اصل بر برائت ذمه و فرض بر عدم تعدی است و رضایت مالک نیز وجود دارد، لذا ضامن بودن آخذ بالسوم محل تأمّل است بلکه قول به عدم ضمان به واقعیت و حقیقت نزدیک‌تر است» (اردبیلی، ۱۰/ ٤۹۸).[۲] بر این اساس مال موضوع معامله در نزد آخذ بالسوم امانت است و اگر تلف شود یا نقص و خسارت بر آن وارد گردد، ضمانی بر عهده وی نیست.

براساس تحلیلی، مبنای عدم ضمان را باید در امانت شرعی و قانونی جستجو نمود که از جانب قانون‌گذار تحت عنوان اختبار و امتحان به آخذ بالسوم داده شده است. بدین وسیله قانونگذار با عنایت به حدیث نبوی «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۲/ ۳۳۰) به مشتری اجازه داده است که مبیع را

۱. فقهای اهل سنت در این زمینه دو فرض را بیان نموده‌اند: فرض اول اینکه، فروشنده قیمت کالا را بیان می‌کند یا اینکه مشتری قیمت را می‌پرسد و با یکدیگر مذاکره نموده و بر سر قیمت به توافق می‌رسند. سپس کالا با اذن فروشنده جهت بررسی بیشتر در اختیار مشتری قرار می‌گیرد و بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیوب می‌شود. فرض دوم اینکه، قیمت کالا بیان شده سپس مشتری کالا را با اذن فروشنده جهت آزمایش در اختیار می‌گیرد و به فروشنده می‌گوید اگر پسندیدم، آن را می‌خرم. در این دو صورت، فقهای حنبلی، شافعی، مالکی و حنفی اتفاق‌نظر دارند که گیرنده کالا ضامن است (جزیری، ۲/ ۲٤۱؛ ابن نجیم الحنفی، ٥/ ۱۰٦).

۲. «دلیل الضمان بالقبض بالسوم غیر ظاهر، الا الحدیث المشهور علی الید ما أخذت حتی تؤدی و صحته و دلالته غیر واضحین، و الأصل براءه الذمه، و الفرض عدم التعدی و الأخذ برضا المالک، فالضمان محل التأمّل، بل خلافه قریب».

قبض و آن را مورد ارزیابی قرار دهد. پس در واقع آخذ بالسوم امین شرعی به شمار می‌آید و در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نیست.

اما باید گفت اولاً امانت شرعی و قانونی در جایی متصور است که صاحب کالا غایب و مفقود باشد و یا در صورت حضور صلاحیت تصرف نداشته باشد مانند اخذ مال گمشده، تصرف در اموال غائبین و محجورین (امامی، ۲/ ۱۶۷). لکن بحث اخذ بالسوم در جایی مطرح می‌شود که فروشنده حاضر و غیر محجور است و با اذن وی تصرف صورت می‌گیرد.

مبنا و منشأ مسئولیت آخذ بالسوم

در توجیه مسئولیت آخذ بالسوم دو نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان مسئولیت مزبور را قراردادی و برخی دیگر قهری می‌دانند که در مقام تبیین نظر خود این گونه استدلال می‌کنند:

۱. قراردادی بودن مسئولیت

براساس این نظریه، ریشه تعهد گیرنده مال نسبت به جبران خسارت را باید در رابطه قراردادی جستجو نمود. بر طبق این قرارداد، گیرنده مال از زمانی که کالا را تحویل می‌گیرد باید نسبت به سلامتی آن دقت نموده و در صورت عدم تمایل به خرید، سالم برگرداند. بدین ترتیب، گیرنده کالا تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد یا ثمن و عوض آن را. لذا اگر هم در این بحث اذن مالک وجود دارد ولی یک اذن مقیّد و مشروط وجود دارد که از آن ضمان قابض قابل برداشت است. به عبارت دیگر، فروشنده به قصد امانت کالا را به مشتری تحویل نداده است بلکه قبض به عنوان مقدمه بیع یا ضمان واقع می‌شود که یا باید مشتری آن را بخرد یا هر گاه اراده خریدن کالا را نگیرد، ضامن خسارات آن است (موسوی بجنوردی، ۲/ ۱۱). مبنای رابطه گیرنده مال با مالک نیز احسان و تبرع و مسامحه نیست بلکه کسب سود است و باید گیرنده مال به این توافق عمل کند، هرچند به طور صریح بیان نشده باشد چون شرط ضمنی به شمار می‌آید؛ چنانکه مرحوم محقق سبزواری در این زمینه معتقد است که اگر اراده دو طرف بر لحاظ شرطی باشد، به نحوی که هر کدام قصد دیگری را بداند و عقد مبتنی بر آن واقع شود، چنین شرطی در حکم ذکر در متن عقد است. ایشان تصریح نموده‌اند: «اذن فروشنده در مأخوذ بالسوم اذن ضمنی است به این معنا که بنا و قصد فروشنده از تحویل کالا به مشتری آن است که در صورت تلف، عوض آن را بپردازد». (سبزواری، ۲۱/ ۳۰۹).[1]

---

۱. ««أن الإذن فی المقبوض بالسوم إذن تضمینی بمعنی أن البائع یعطی السلعه إلی المشتری مشروطاً بالشرط البنائی علی أنه لو تلف فی یده یعطیه بدله».

از طرف دیگر، عرف بر این شرط ضمنی دلالت دارد و هر امری که در عرف به عنوان شرط قرارداد دلالت کند، لازم الاتّباع است. به عبارت دیگر، متبادر عرفی از اوضاع و احوال این قرارداد آن است که آخذ بالسوم ملزم است یا مال را برگرداند و یا عوض آن را به مالک بپردازد. از این رو، هرگاه قابض نه تصمیم به خرید کالا گرفته و نه آن را به فروشنده تسلیم کند، مرتکب نقض تعهد قراردادی شده است. برطبق این نظریه، تعهدی که گیرنده مال پذیرفته این نیست که برای حفظ مال بکوشد بلکه او ملتزم شده است که هرگاه تصمیم به خریدن مال نگرفت، آن را چنانکه سالم گرفته است برگرداند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). بدین ترتیب، فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد ولی هر گاه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است، از مسئولیت مبرّی می‌شود.

در هرحال به نظر می‌رسد که نمی‌توان از این منظر مسئولیت قراردادی را برعهده گیرنده مال مستقر دانست زیرا برای اثبات دعوای مسؤولیت قراردادی باید پیمان و عقدی معتبر بین طرفین وجود داشته باشد در حالی که در اخذ بالسوم هیچ رابطه قراردادی بین طرفین ایجاد نشده است. این تعهد و شرط ضمنی تنها در صورتی ثابت می‌شود که شواهد یقینی وجود داشته باشد. لکن اگر چنین علائم و اماراتی وجود نداشته باشد، اصل بر عدم و برائت ذمه آخذ بالسوم است. مسلّماً قبض کالا از سوی خریدار به عنوان مقدمه قرارداد است نه قراردادی مستقل و حکم ذی المقدمه به مقدمه آن تسرّی نمی‌یابد (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). اصطلاح توافق و شرط تبانی نیز به طور معمول در موردی به کار می‌رود که فرد بنا به اراده خود انجام یا خودداری از کاری را عهده دار می‌شود لکن گیرنده چنین مالی قصد ندارد که برای خود ایجاد التزام کند و حقی به فروشنده دهد و بنای دو طرف بر اباحه انتفاع است. همچنین تبادر عرفی بین طرفین مبنی بر پرداخت ثمن کالای دریافتی و یا مسترد نمودن آن توسط خریدار نیز محرز نیست.

۲. قهری بودن مسئولیت

عده‌ای از حقوقدانان یکی از اسباب و موجبات ضمان قهری را اخذ بالسوم به شمار آورده‌اند. آنان آخذ بالسوم را غاصب می‌دانند و او را وفق قواعد عام مسئولیت مدنی، ضامن جبران خسارت وارده می‌دانند. صاحبان این نظریه بر این باورند که اگر مأخوذ بالسوم در دست خریدار تلف یا ناقص شود، او در هر حال ضامن است هر چند اثبات کند که تلف یا نقص به دلیل وجود قوه قاهره مانند طوفان، سیل یا زلزله بوده است (امامی، ۲/ ۱۷۰؛ قاسم‌زاده، ۱۸۷؛ جعفری لنگرودی، ۱/ ۲۰۸). لکن فروشنده باید ارکان مسئولیت مدنی خارج از قرارداد یعنی تقصیر، رابطه سببیت و زیان وارده را به اثبات برساند.

به طور کلی، کسانی که در مرحله پیش‌قراردادی معتقد به مسئولیت قهری آخذ بالسوم هستند، چند استدلال در این زمینه مطرح نموده‌اند. یک استدلال اینکه، بر اساس ملاک ماده ۶۳۱ قانون مدنی که چنین

بیان داشته: «هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است، بنابراین مستأجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط ...» کسانی امین به حساب می‌آیند که مقرّرات قانونی آنان را امین قرار داده باشد: مانند مستأجر نسبت به عین مستاجره و قیم یا ولی نسبت به مال صغیر و امثال آن‌ها. این افراد در صورتی ضامن هستند که افراط یا تفریط کرده باشند ولی قانون مدنی در هیچ متنی آخذ به سوم را امین قرار نداده است. پس او را نمی‌توان مشمول حکم ماده ۶۳۱ ق.م شمرد و قهراً و قانوناً مسئول تلف و نقص مال است گرچه تعدی و تفریط نکرده باشد (شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ۱۰۹؛ امامی، ۲/ ۱۷۰).

استدلال دیگر اینکه، مسئولیت آخذ بالسوم تابع قواعد کلی ماده ۳۰۷ قانون مدنی است. بر اساس ماده ۳۰۷ ق.م چهار مورد از موجبات ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است. ۲- اتلاف. ۳- تسبیب. ۴- استیفا. در این خصوص ممکن است گفته شود که مسئولیت آخذ بالسوم تحت عنوان یکی از سه قسم اول ماده ۳۰۷ قرار می‌گیرد. لکن باید توجه داشت که عمل آخذ بالسوم مسلماً غصب و در حکم غصب نیست زیرا این دو عنوان ناظر به مواردی هستند که انسان مال دیگری را بدون رضایت او و با قهر و عدوان بر می‌دارد اما در اخذ بالسوم اذن از سوی مالک برای تصرف در مال وجود دارد. پس ید غاصب ضمانی عدوانی است اما ید آخذ بالسوم مأذون غیر عدوانی است. با این وجود، با استناد به اتلاف و تسبیب که دو منبع اصلی ضمان قهری در مسئولیت مدنی هستند می‌توان آخذ بالسوم را مسئول دانست. همچنین براساس ماده یک قانون مسؤولیت مدنی که بیان می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خویش است» می‌توان گفت اگر مأخوذ بالسوم توسط خریدار تلف یا ناقص شود، الزام او به جبران خسارات وارد بر فروشنده به استناد دعوای مسؤولیت مدنی قابل طرح است.

با این وجود، پذیرفتن این نظر دشوار است زیرا با وجود اذن مالک و امانت مالکانه دیگر نوبت به امانت شرعی و قانونی نمی‌رسد. اذن صاحب کالا موجب امانی بودن ید گیرنده آن می‌شود و دیگر ضرورتی ندارد که قانون‌گذار در ماده ۶۳۱ ق.م یا دیگر مقرّرات قانونی به امین بودن وی تصریح نماید. با این وصف، چگونه می‌توان آخذ بالسوم را در زمره غاصبان آورد و به حکم قانون مسئول شمرد؟ (ر.ک: کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرار داد، ۹۸). این ماده در واقع تفسیری مختصر از امین ارائه داده و مصادیق تمثیلی آن را با عبارت «و امثال آن‌ها» بیان کرده است. اگر این ماده حصری باشد، تنها باید کسانی امین به شمار آیند که مقرّرات قانونی آنان را امین قرار داده در حالی که در هیچ متن قانونی از امین بودن وکیل و

اجیر و موقوف علیهم سخن به میان نیامده است و التزام به این تفسیر موجب می‌شود که این موارد را از مصادیق امین به شمار نیاوریم. علاوه بر اینکه، مراد از عبارت ماده ۶۳۱ قانون مدنی: «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است» تنها مصرّحات قانونی نیست بلکه اصول و قواعد مستخرج از قانون نیز بخشی از قانون و نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد و بی‌تردید از مجموع قانون مدنی سببیت اذن برای رفع ضمان قابل استنباط است (شریف و جعفری دولت آبادی، گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه، ۱۵).

نظر مختار

به نظر می‌رسد گرچه نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم خالی از ابهام و اشکال نیست ولی در مجموع راه صواب را پیموده است زیرا از مجموع مطالب ذکر شده به خوبی استنباط می‌شود که حکم به عدم ضمان گیرنده مال به عدالت نزدیک‌تر و با واقعیات بیع منطبق‌تر است.

در اثبات این نظر می‌توان به مساله «مأخوذ برای نظر» اشاره کرد که در این خصوص هیچ فقیهی نگفته است کسی که مال دیگری را برای ملاحظه و نظر نه به قصد خرید و معامله در اختیار گرفته ضامن مال مأخوذ در زمان تصرف است[1] (کاشف الغطاء،۱/ ۲۲).[2] بنابراین با وحدت ملاک می‌توان حکم این مورد را به همانند آن تسرّی داد و استنباط نمود که شخصی هم که به قصد خرید، مال دیگری را در اختیار گرفته تا پس از بررسی و پسندیدن آن را خریداری کند، در صورت تلف، ناقص و یا معیوب شدن مال بدون تعدی یا تفریط ضامن نیست.

لازم به ذکر است فقها در بحث جواز بیع مشک در پوست معتقدند که مشتری می‌تواند برای رفع جهالت از مبیع نخی را با سوزن در آن داخل کند و بیرون بیاورد و ببوید. در این صورت، اگر بررسی و آزمایش مال باعث عیب یا فساد آن شود، مشتری ضامن نخواهد بود (محقق کرکی،۴/ ۹۶). در اخذ بالسوم نیز شرایطی مشابه به همین مساله جریان دارد و مالک به خریدار اجازه می‌دهد که مبیع را قبض و آن را مورد اختبار و ارزیابی قرار دهد، پس در واقع او امین به شمار می‌آید و در صورت تلف مال ضامن نیست؛ چنانکه برخی از شارحان مکاسب تصریح نموده‌اند که ملاک و معیار این دو مساله واحد است (حسینی

---

۱. چنانکه فقهای اهل سنت نیز معتقدند که اگر گیرنده مال با اذن مالک آن را به جهت نگاه کردن نه خرید تحویل بگیرد، خواه ثمن بیان شده یا نشده باشد، ضامن نخواهد بود. به عنوان مثال، فروشنده بگوید قیمت این کالا هزار تومان است یا بدون ذکر قیمت، آن را به قابض تحویل دهد و بگوید اگر پسندیدی آن را بخر. سپس قابض آن را با اذن فروشنده بردارد تا نگاه کند اما وعده خرید ندهد بلکه تنها قصد او نگاه کردن باشد. در این صورت، قابض ضامن تلف یا نقص آن مال نخواهد بود زیرا او امین است (ابن عابدین، ٤/ ۵۷۳).

۲. «ما یقبض علی سوم النظر و هو ان یقبض مالاً لینظر الیه أو یریه لآخر سواء بین ثمنه أم لا فیکون امانه فی ید القابض فلا یضمن إذا هلک بلا تعد».

شیرازی، ۱۰/ ۲٤۱). بنابراین می‌توان مبنای یاد شده را به سایر حوزه‌ها نیز تسرّی داد و با استناد به این مبنا به امانی بودن ید آخذ بالسوم اندیشید.

اما در مورد قاعده علی الید و شمول آن بر مساله مزبور، به این نکته باید توجه نمود که تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست. با این توضیح که، حکم نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند بلکه حکم برای موضوع مفروض الوجود ثابت می‌شود. مثلاً اگر در عدالت شخصی تردید داشته باشیم نمی‌توانیم به عمومات جواز اقتدای به عادل استدلال کنیم (صالحی مازندرانی، ۴/ ۶۹). بر همین اساس، تکیه به عمومیت قاعده علی الید نیز بستگی به احراز موضوع دارد و در جایی که موضوع احراز نشود، استدلال به عام جایز نیست و در این مورد، ما احراز نکرده‌ایم که مأخوذ بالسوم از مصادیق قاعده علی الید است. به دیگر سخن، صدق موضوع عام بر مصداق مشکوک است زیرا قاعده علی الید با ادله عدم ضمان امین تخصیص خورده است و با وجود مخصص منفصل و شک در مصداق نمی‌توان به عموم عام تمسک نمود. پس شمول و دلالت قاعده علی الید در این فرض مشکوک است (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه، جلسه بیست وچهارم)، با این حال چگونه ممکن است به عام استدلال نمود؟ علاوه بر اینکه، به تصریح برخی از فقها معنای ید تسلّط و استیلای بر مال است. لذا چنانچه فردی لباسی را که در تن مالکش است با دست بگیرد و در همان زمان لباس تلف شود، ضامن نیست زیرا این مورد مشمول قاعده علی الید که متوقف بر استیلا است، نیست (مراغی، ۲/ ۴۱۹). از همین ملاک می‌توان برداشت نمود که مأخوذ بالسوم نیز از شمول قاعده علی الید خارج است زیرا در این باب صرفاً قبض وجود دارد، اما تسلط و استیلایی نیست. به عبارت دیگر، گیرنده مال با حضور مالک استیلا و سیطره‌ای ندارد بلکه مال تحت اختیار و اراده مالک است و اگر استیلایی هم فرض شود استیلای نسبی است و عرف که در این موارد حاکم است، استیلای نسبی را استیلا نمی‌داند.

از سویی دیگر، آخذ بالسوم به عنوان شخصی که اذن در تصرف مجانی مال دیگری دارد تا زمان تقصیر امین است چرا که دو عنصر موجب تحقّق ید امانی می‌شود: یکی اذن مالک و دیگری مجانی بودن (محقق داماد، ۹۶) که در فرض اخذ بالسوم هر دو عنصر وجود دارد. از استقراء در قانون مدنی نیز می‌توان استنتاج نمود که در هر موردی که استیلا و اذن مالک صورت گرفته، ید متصرف امانی تلقّی شده است و امانت حاصل اذن و رضایت مالک به تصرف است. به دیگر سخن، تنها نکته‌ای که در تمام صور امانت مالکی مشترک است و مستعیر و مستأجر و وکیل و عامل و امثال آن را به یکدیگر متصل می‌کند این است که در

تمامی آن‌ها مالک با رضایت، مال خود را تحت تسلّط دیگری قرار داده است. موادی همچون ماده ۴۹۴[1] و ماده ۳۳۷ ق.م[2] که متصرف مأذون را تنها در برابر منافعی که بهره‌مند شده ضامن شناخته است، بـه خـوبی حکایت از آن دارد که قانون‌گذار ید متصرف مأذون را امانی قلمداد کرده و الا باید حکم به ضمان منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات می‌نمود. شیوه بیان ماده ۳۰۸ ق.م[3] نیز که از استیلای بدون مجـوز بـه عنـوان علت ضمان ید سخن گفته، نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار استیلای با مجوز و مستند بـه اذن مالـک از شمول دلیل ید خارج است. بنابراین برای امین به شمار آوردن شخص کافی است مأذون بودن استیلا احراز شود و نیازی به تأکید قانون‌گذار به امین بودن متصرف و عدم ضمان وی نیست. همچنین بـه کمـک اصـل عدم حصر توقف رفع ضمان بر جهات معین نیز می‌توان حکم به ارتفاع ضمانت گیرنده مـال نمـود (ر.ک: شریف و جعفری دولت آبادی، ۲۳).

ممکن است گفته شود که اذن مالک به تصرف در کالا اذن به اتلاف نیست و عرف هم چنین ملازمه‌ای را در نمی‌یابد و حتی اذن به خودی خود هیچ گاه مسقط ضمان نیست. زیرا ماهیت اذن رخصت در تصرف است اعم از اینکه به نحو ضمان باشد و یا به نحو عدم ضمان مانند مقبوض به عقد فاسد و مـأخوذ بالسـوم که با وجود اذن ضمان هم محقق است (مراغی، ۲/ ۵۱۳).

در پاسخ باید گفت اگر گیرنده مال را ضامن بدانیم دیگر نباید فرقی بین شخصی کـه از صـاحب کـالا اذن در قبض داشته و تعدی و تفریط نیز نکرده است و شخصی که بـدون اذن کـالا را قـبض نمـوده و یـا در صورت اذن تعدی و تفریط نموده است، وجود داشته باشد. پس ثمره اذن مالک چیست؟ عـلاوه بـر اینکـه، تمامی فقها ید کسی که مال گمشده‌ای را پیدا کند، امانی می‌دانند با اینکه اذن وجود نـدارد. پـس در مـورد آخذ بالسوم که اذن صاحب کالا وجود دارد مسلماً باید ید متصرف امانی باشد (ر.ک: لطفی، ۹۷).

گفتنی است در قانون ایران ماده‌ای که به صراحت مسئولیت آخذ بالسوم را مطـرح کنـد، وجـود نـدارد. بنابراین با توجه به سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط باید به اصل برائـت ذمـه آخـذ و عـدم ضـمان رجوع نمود. علاوه بر اینکه، برخی از حقوق‌دانان تصریح نموده‌اند: «اگر آخذ بالسوم پـس از اخـذ مـال از فروشنده یا برداشتن آن از بساط وی بگریزد، عمل وی سرقت به شمار نمی‌آید زیرا با اطلاع و اجازه صـریح

---

۱. ماده ٤٩٤ ق.م: «عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر، عین مستأجره را بـدون اذن مالـک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده کند».

۲. ماده ۳۳۷ ق.م: «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی، از مال غیر استیفای منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بـود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع، مجانی بوده است».

۳. ماده ۳۰۸ ق.م: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

یا ضمنی مالک مال را وضع ید نموده است. از این رو، با وجود عنصر سپردن و امانت مالکی بردن مال در این شرایط به خیانت در امانت شباهت بیشتری دارد» (میرمحمد صادقی،۶۸). با این توضیح معلوم می‌شود که ید آخذ بالسوم بر مالی که برای آزمودن در اختیار دارد، ید امانی است.

از سویی دیگر، در یک طرف قرارداد، مالک کالا با ایجاد محل‌های ویژه فروش اجناس به دنبال کسب سود و بازده بیشتر است و در سوی دیگر گیرنده مال که برای تأمین مایحتاج مورد نیاز خویش راهی جز معامله ندارد. لذا براساس قاعده «تلازم بین نماء و درک» و قاعده «عدم استحقاق ربح ما لا یضمن»[1] صاحب کالا از سود ناشی از فروش برخوردار می‌شود و مسئولیت تلف یا عیب ناشی از اختبار و بررسی کالا نیز بر عهده اوست (هاشمی شاهرودی،۲/ ۲۲۰). از این منظر، در صورتی که انسان احتمال خطر و ضرر در مال را نپذیرفته باشد، به طوری که در صورت ورود خسارت ثمن آن مال بر ذمه‌اش نباشد، استحقاق سود و بازده آن مال را نمی‌یابد. بنابراین گیرنده مال که ارزش افزوده و نماء متصل و منفصل آن کالا شرعاً برای او نمی‌باشد، خسارت آن کالا نیز بر ذمه او نیست زیرا هر شخص عاقلی غرامت کالا را بر عهده نمی‌گیرد مگر به جهت اینکه نماء آن کالا را به تملّک درآورد.

این نکته نیز قابل ذکر است که اگر خریدار ضامن تلقی گردد، برای جلوگیری از ضرر از گرفتن کالا امتناع می‌ورزد. در این صورت، در سهولت اجرای بسیاری از دادوستدها خلل ایجاد می‌شود؛ زیرا مبادله کالاها نیازمند بررسی و معاینه آن‌هاست و این مسئولیت موجب عسر و حرج می‌گردد. به این ترتیب، بر مبنای ضمانی بودن ید آخذ بالسوم، هرگاه خریدار مرتکب بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی نشده و با این حال ظرف یا کالای شکستنی که در دستش بوده به واسطه تنه خوردن یا لغزش، افتاده و بشکند یا هنگامی که در حال تست کردن لباس انتخابی‌اش است درزی پاره شود و یا دکمه‌ای بیفتاد، در هر حال ضامن است و فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد مگر آنکه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است یا اینکه شیء حادثه آفرین از سر بی‌احتیاطی فروشنده در آن مکان قرار گرفته است. با اتخاذ چنین مبنایی، از مشتری این انتظار می‌رود که در موقع خرید قبل از قدم‌هایی که بر می‌دارد، به شرایط زمین توجه خاص داشته باشد و این امر موجب حرج در معاملات می‌گردد. از طرف دیگر، پذیرش این نظر منجر به ورود ضرر و زیان غیرمتدارک به آخذ بالسوم می‌شود زیرا وی با یک دقت متعارف و بدون قصور و کوتاهی، اقدامات لازم برای حفظ مال را به کار برده اما همچنان مسئول جبران خسارت تلقّی می‌گردد. چنانچه گفته شود با حکم به عدم ضمان آخذ بالسوم، صاحب کالا

---

۱. هر کس عهده‌دار (پذیرنده پیامدهای ناخوشایند و ناخواسته) غرامت باشد، مالک منافع است.

نیز متضرر می‌گردد؛ در پاسخ خواهیم گفت این دو ضرر با هـم تعـارض نمـوده و از درجـه اعتبـار سـاقط می‌شوند و در نهایت به اصل عدم ضمان و برائت ذمه آخذ رجوع می‌کنیم.

بی‌گمان فروشنده نیز نیاز به حمایت قانونی دارد اما حمایت از فروشنده منحصر به ضامن شناختن آخذ بالسوم نمی‌شود بلکه وی می‌تواند با انتخاب تدابیر و اقدام‌های مؤثر، هماهنگی مناسـب را میـان موقعیـت خود و مصرف‌کننده مهیا سازد. همچنین برای ایجاد اعتماد در بازار و افزایش اهتمام ورزیدن در حفظ مـال فروشنده می‌توان به استناد قواعد عـام مسـئولیت مـدنی خریـدار را در صـورت بی‌مبـالاتی مسـئول جبـران خسارت وارده دانست.

نتیجه‌گیری

با امعان‌نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون مسئولیت آخذ بالسوم و آثار مترتب بر آن مشخص گردید:

۱. توصیف مناسب در مورد ماهیت حقوقی سوم توصیفی اسـت کـه عرضـه کـالا توسـط فروشـنده یـا برداشتن کالا از جانب مشتری را وعده دوطرفه بیع می‌داند زیرا صرف رغبت به انجام معامله انشای نهـایی عقد به شمار نمی‌آید و پیشنهادکننده قصد نهایی خود به انعقاد قرارداد را موکول بـه رضـایت طـرف مقابـل می‌سازد.

۲. مسئولیت آخذ بالسوم را به سختی می‌توان قراردادی دانست زیرا احراز وجود قرارداد با توجه به بنای دو طرف که صرف پیشنهاد و دعوت به معامله بوده است، بسیار مشکل به نظر می‌رسد.

۳. امکان انتساب مسئولیت قهری به آخذ بالسوم منتفی اسـت زیـرا یـد آخـذ بالسـوم در هـیچ قـانونی ضمانی لحاظ نشده است و در صورت شک اصل برائت و عدم ضمان اجرا می‌شود.

۴. ثمره تفاوت تحلیلی در منشأ ضمان آخذ بالسوم در این است که با قهری شمردن مسئولیت، گیرنـده مال در صورت وجود قوه قاهره نیز ضامن تلف مال است در حالی کـه در صـورت وجـود رابطـه قـراردادی دیگر او مسئول حوادث خارجی نیست.

۵. الزام آخذ بالسوم به جبران خسارات وارد بر فروشنده در فرض تلف یا نقص کالای در معرض فروش به استناد مسئولیت قراردادی یا قهری ممکن نیست ولی دعوای مسئولیت مدنی علیه او قابل طرح است.

۶. در سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط، به نظر می‌رسد دیدگاهی که ید آخذ بالسـوم را امـانی می‌داند از توجیه قانونی مناسب‌تری برخوردار بوده و با قواعد فقهی: «عدم استحقاق ربح مـا لا یضـمن» و «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» هماهنگی بیشتری دارد. علاوه بر اینکه، با تنقیح مناط و الغای خصوصـیت از مساله «مأخوذ برای نظر» و «بیع مشک در پوست»، می‌توان حکم عدم ضمان گیرنده چنـین مـالی را بـه

مورد مشابه تسرّی داد و استنباط نمود که ید آخذ بالسوم بر مالی که جهت بررسی در اختیار دارد، امانی است.

منابع

ابن اثیر، مبارک بن محمد، ***النهایه فی غریب الحدیث و الأثر***، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.

ابن عابدین، محمد أمین بن عمر، ***رد المحتار علی الدر المختار***، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ ق.

ابن نجیم حنفی، زین الدین، ***البحر الرائق شرح کنز الدقائق***، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.

اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۰.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***کتاب المکاسب***، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.

باقری، احمد، ***عقود تملیکی: بیع - اجاره***، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.

جزیری، عبد الرحمن، ***الفقه علی المذاهب الأربعه***، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

حسینی شیرازی، محمد، ***ایصال الطالب إلی المکاسب***، تهران، منشورات اعلمی، بی‌تا.

حسيني مراغي، عبدالفتاح بن علي، ***العناوین الفقهیه***، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.

خمینی، روح الله، ***تحریر الوسیله***، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.

__________، ***کتاب البیع***، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.

خوانساری، احمد، ***جامع المدارک فی شرح مختصر النافع***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذّب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

سنهوری، عبد الرزاق، ***الوسیط فی شرح القانون المدنی***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

سیستانی، علی، ***منهاج الصالحین***، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.

شریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری دولت آبادی، «گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه»، ***فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، دوره ۴۰، شماره ۸، زمستان ۱۳۸۹.

شهید اول، محمد بن مکی، ***غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***حاشیة المختصر النافع***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.

__________، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

شهیدی، مهدی، ***اصول قراردادها و تعهدات***، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.

________، ***تشکیل قراردادها و تعهدات***، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

صالحی مازندرانی، اسماعیل، ***شرح کفایه الأصول***، قم، نشر صالحان، ۱۳۸۲.

صفایی، حسین، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیه مکاسب***، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه***، قم، موسسه آل البیت، بی‌تا.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، ***منتهی المطلب فی تحقیق المذهب***، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ ق.

فاضل لنکرانی، محمد جواد، ***القواعد الفقهیه***، قم، انتشارات مهر، ۱۴۱۶ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، ***درس خارج فقه: کتاب الغصب***، جلسه بیست وچهارم، ۱۳ ذی القعده ۱۴۲۵ ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن، ***ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد***، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.

فیومی، احمد بن محمد، ***المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی***، قم، منشورات دار الرضی، بی‌تا.

قاسم‌زاده، مرتضی، ***الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد***، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.

کاتوزیان، ناصر، ***الزام‌های خارج از قرارداد***، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.

________، ***عقود معین: معاملات معوض عقود تملیکی***، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

________، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

کاشف الغطاء، محمدحسین، ***تحریر المجله***، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

لطفی، اسدالله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران***، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، بیروت، تحقیق و نشر مرکز الرسول الاعظم (ص)، ۱۴۱۹ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه، بخش مدنی***، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۳.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

مصطفوی، حسن، ***التحقیق فی کلمات القرآن الکریم***، تهران، مرکز الکتاب للترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.

موسوی بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیه***،نجف، دار الکتب العلمی، ۱۳۸۹ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم، ***جامع الشتات***، منشورات شرکه الرضوان، بی‌تا.

میرمحمد صادقی، حسین، ***جرائم علیه اموال و مالکیت***، نشر میزان، ۱۳۷۶.

نائینی، محمد حسین، ***منیة الطالب فی حاشیة المکاسب***، تهران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، ***قراءات فقهیه معاصره***، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.